

## University of Groningen

### Van nachtbrakers tot terroristen, over persoonsgericht verstoren

Brouwer, J.G.

**IMPORTANT NOTE: You are advised to consult the publisher's version (publisher's PDF) if you wish to cite from it. Please check the document version below.**

*Document Version*

Publisher's PDF, also known as Version of record

*Publication date:*

2006

[Link to publication in University of Groningen/UMCG research database](#)

*Citation for published version (APA):*

Brouwer, J. G. (2006). *Van nachtbrakers tot terroristen, over persoonsgericht verstoren*. s.n.

**Copyright**

Other than for strictly personal use, it is not permitted to download or to forward/distribute the text or part of it without the consent of the author(s) and/or copyright holder(s), unless the work is under an open content license (like Creative Commons).

The publication may also be distributed here under the terms of Article 25fa of the Dutch Copyright Act, indicated by the "Taverne" license. More information can be found on the University of Groningen website: <https://www.rug.nl/library/open-access/self-archiving-pure/taverne-amendment>.

**Take-down policy**

If you believe that this document breaches copyright please contact us providing details, and we will remove access to the work immediately and investigate your claim.

*Downloaded from the University of Groningen/UMCG research database (Pure): <http://www.rug.nl/research/portal>. For technical reasons the number of authors shown on this cover page is limited to 10 maximum.*

## 1. Inleiding

In de maand december van het vorige jaar maakte Nederland kennis met een bijzonder verschijnsel dat te boek staat als persoonsgericht verstoren. Het betreft hier geen Orwelliaanse *Newspeak*, maar een werkelijk toegepaste nieuwe methode van terrorismebestrijding. Kort gezegd houdt verstoren in dat de politie aan een potentiële verdachte van een terroristisch misdrijf ostentatief laat blijken hem of haar dag en nacht in de gaten te houden door een politieauto opvallend voor de woning te posteren, door regelmatig aan te bellen om te kijken of de persoon thuis is, door de persoon bij het verlaten van de woning te volgen, door het bezoek voor die persoon aan te spreken, door keer op keer te bellen naar de vaste telefoon en bij afwezigheid naar de mobiele telefoon. Niet ondenkbaar is dat ook aan de buurtbewoners wordt gevraagd verdachte ‘zaken’ rondom de woning van de verstoorde te melden. De gedachte achter verstoren is een persoon ‘waardeloos’ en ‘onbruikbaar’ maken voor een eventueel terroristisch netwerk. Het gebeurt op instigatie van de burgemeester.<sup>1</sup>

Persoonsgericht verstoren maakt inbreuk op het grondrecht dat de privacy van een persoon beschermt. Spanning tussen grondrechten en methoden van terrorismebestrijding is niet een probleem waarmee alleen Nederland worstelt.<sup>2</sup> Terroristische misdrijven heb-

---

<sup>1</sup> Nationaal Coördinator Terrorismebestrijding, *Terrorismebestrijding op lokaal niveau, Handreiking*, Den Haag, 2006, p. 59.

<sup>2</sup> De Amerikaanse Senaat startte op 6 februari 2006 een onderzoek naar de inbreuken van de overheid op het grondwettelijke recht op bescherming van de persoonlijke levenssfeer. Zie ook hoofdartikel *Washington Post*: Bush moet minder stiekem zijn, *NRC Handelsblad* 15 mei 2006.

ben zo'n weerslag op de samenleving, dat het verleidelijk is de uiterste grenzen van het recht op te zoeken.<sup>3</sup> Dreiging van terrorisme mag voor een overheid echter geen reden zijn om te handelen in strijd met haar eigen recht.<sup>4</sup> Ontbeert verstoren dan een wettelijke grondslag? Volgens de Minister van Justitie als coördinerend minister terrorismebestrijding in antwoord op Kamervragen niet. De artikelen 2 en 12 Politiewet (hierna Polw.) alsmede art. 172 Gemeentewet (hierna Gemw.) zouden de wettelijke basis vormen.<sup>5</sup> Ik ben echter van mening dat deze bepalingen zelfstandig noch in combinatie met elkaar een grondslag voor persoonsgericht verstoren door de burgemeester kunnen vormen.<sup>6</sup>

## 2. Verstoren prepressief instrument

Het strafrecht kan vanwege het legaliteitsbeginsel per definitie slechts repressief van aard zijn. Het kan immers alleen de dader van al aangericht onheil bestraffen. Door echter het strafbare moment 'naar voren te halen', kan men dit bezwaar tamelijk eenvoudig on-

---

<sup>3</sup> Was het niet de befaamde Leidse hoogleraar C.P. Cleveringa die waarschuwde voor 'rechtskundige mislukkingen', voor juristen 'die zich schikken naar hun gemak of naar machten', opdat 'het leven eenvoudig en rustig' blijft. Zie in: *Kunst en recht*, Rede uitgesproken ter gelegenheid van de uitreiking van twee jaarlijkse prijzen door de Stichting Kunstenaaarsverzet 1942-1945 in het Stedelijk Museum te Amsterdam op zaterdag 16 december 1950, Arnhem (Uitg. Van Lochem Slaterus), zoals geciteerd door F. Kuitenbrouwer, *Kunst en recht*, in J.G. Brouwer, *Wat maakt een goed jurist?*, Den Haag 2005. p. 87. Zie ook; C.J.H. Jansen en D. Venema, De 26 november-rede van prof.mr. R.P. Cleveringa (1894-1980), *NJB* 2006, p. 984-992.

<sup>4</sup> Principeel onjuist is dat men op dit moment spreekt over een overstap naar meerderheidsbesluiten bij terrorismebestrijding in Europees Gemeenschapsverband zonder wijziging van het Oprichtingsverdrag.

<sup>5</sup> TK 2005-2006, Aangangsels van de Handelingen, nr. 693.

<sup>6</sup> Dat is niet eenvoudig aan te tonen, want het openbare-orderecht is verbrokkeld en weinig systematisch geregeld. De grenzen van de openbare-ordebevoegdheden worden algemeen aangeduid als zeer vaag. Zie bv. B.M.J. Vermeulen, *Ordehandhaving, actoren, instrumenten en waarborgen*, Deventer, 1993, p. 1-3; M.A.D.W. de Jong, Een destructief amendement, *NTB* 1992, p. 46 -50.

dervangen. Fietsendiefstal zou de wetgever bijvoorbeeld vroegtijdig kunnen tegengaan door het bezit van een betonschaar (waarmee het gemakkelijk is om sloten door te knippen) door andere dan professionele betonvlechters strafbaar te stellen.

Het is deze techniek waarvan de wetgever veelvuldig gebruik maakt bij terrorismebestrijding.<sup>7</sup> Vroegtijdige strafbaarstelling kent echter haar grenzen.<sup>8</sup> Velen zeggen dat we die grens ruimschoots overschrijden als we het apologieverbod tot wet verheffen, want dan zal zelfs het verheerlijken, vergoelijken, bagatelliseren of het ontkennen van zeer ernstige misdrijven strafbaar zijn. Smalend wordt gesproken van invoering van de gedachtepolitie.<sup>9</sup>

Een alternatief voor vroegtijdige repressieve actie is prepressief optreden.<sup>10</sup> De overheid gaat tot dwingende actie over voordat er strafbare feiten plaats vinden.<sup>11</sup>

Een prepressief instrument is bijvoorbeeld de ‘Wet Bestuurlijke maatregelen nationale veiligheid’ die zojuist door de Tweede Kamer is aanvaard. Het voorstel voorziet erin dat de Minister van Binnenlandse zaken iemand kan verplichten zich periodiek te melden op een politiebureau en iemand kan verbieden zich te bevinden op een bepaalde locatie (bijvoorbeeld in de nabijheid van bepaalde personen of objecten, zoals spoorwegstations en vliegvelden). Hij kan zo’n meldingsplicht of verblijfsverbod opleggen aan personen

---

<sup>7</sup> Zie L.J.J. Rogier, *Preventieve bestuurlijke rechtshandhaving*, inaugurele rede Erasmus Universiteit Rotterdam, 17 maart 2006.

<sup>8</sup> Zie hierover J. de Hullu, *Zijn er grenzen aan de strafrechtelijke aansprakelijkheid*, Arnhem, 1993.

<sup>9</sup> Zie G.E. van Maanen, Hegel, Plato en de ware jurist: het schuldige gedicht in: Brouwer, Den Haag 2005, p. 104-109; zie ook H. de Doelder, *Rechter en terrorisme*, winterlezing, 6 februari 2006, <<http://frg.sin-online.nl/msg/23213>>.

<sup>10</sup> G. van den Brink, *Schets van een beschavingsoffensief, Over normen, normaliteit en normalisatie in Nederland*, serie WRR Verkenningen, nr 3, Amsterdam, 2004, p. 130; zie hiervoor ook: Prepressieve aanpak voor een hogere beschaving, <[www.mightysociety.nl](http://www.mightysociety.nl)>; ook H. Vissers, *Prepressieve bevoegdheden, voorkomen (beginnend) onheil* <<http://spl.politieacademie.nl>>.

<sup>11</sup> *Tussen oorlog en vrede. Kader voor een balans tussen vrijheidsrechten en veiligheid*, Raad voor het Openbaar Bestuur, 2005, p. 21.

die op grond van contacten, activiteiten, of andere aanwijzingen aanleiding geven tot het vermoeden dat zij op enigerlei wijze betrokken zijn bij terroristische activiteiten en daarmee een potentieel gevaar vormen.<sup>12</sup>

Een ander voorgesteld prepressief middel is een nieuw vierde lid van art. 172 Gemw. De bepaling zal de burgemeester de bevoegdheid toedelen om gedragsaanwijzingen aan notoire overlastbezorgers te geven in de zin van een meldingsplicht, een begeleidingsverplichting, een contactverbod of een avondklok.<sup>13</sup>

Persoonsgericht verstoren is een bestaand prepressief instrument. Het bergt grote gevaren in zich. De kans is niet denkbeeldig dat men de verkeerde persoon verdenkt van zijn bereidwilligheid om in de toekomst terroristische activiteiten te ondernemen. Het gaat slechts om een risico-inschatting op basis van onbekende parameters.<sup>14</sup> Als we bedenken dat het zelfs in een met alle zorgvuldigheid omgeven strafproces voorkomt dat een persoon ten onrechte wordt beschuldigd, dan is de mate van waarschijnlijkheid dat men bij de beslissing om iemand te verstoren een fout maakt levensgroot, want wettelijke waarborgen ontbreken ten ene male. Verstoren zou in dat geval zelfs wel eens een omgekeerd effect kunnen hebben in de zin dat het potentiële terroristen creëert. De wrok die ten onrechte verstoorde mensen zullen gaan koesteren, drijft hen regelrecht in de armen van terroristen op het moment dat de politie – en vroeg of laat moet dat – het verstoren staakt.<sup>15</sup>

---

<sup>12</sup> TK 2004-2005, 29754, nr. 5 en 6; zie ook Advies Raad voor de Rechtspraak inzake voorstel Wet bestuurlijke maatregelen nationale veiligheid, 15 juli 2005.

<sup>13</sup> Het betreft de uitwerking van de motie Van Schijndel; zie TK 2005-2006, 29684, nr. 76, 69 en 79.

<sup>14</sup> Risico is het product van de waarschijnlijkheid dat een gedraging zal plaatsvinden en de ernst van die gedraging ( $R = W \times R$ ); Y. Buruma, Toekomstvoorspelling en repressieve maatregelen, *NJB* 2006, 10.

<sup>15</sup> Jessica Stern, auteur van *Terror in the Name of God: Why Religious Militants Kill*, New York, 2004: 'Ik heb de meest uiteenlopende terroristen gesproken en één element vond ik in elk verhaal terug: een gevoel van vernedering of aangetaste identiteit.' ([www.mightysociety.nl/](http://www.mightysociety.nl/)).

De burgemeester baseert zijn beslissing om te gaan verstoren op informatie afkomstig van de AIVD, de nationale recherche of de Nationaal Coördinator Terrorismebestrijding.<sup>16</sup> In een kort geding aangespannen door een verstoorde persoon bij de Rechtbank Amsterdam bleek die informatie weinig relevant en tamelijk onbetrouwbaar te zijn.<sup>17</sup> De ‘Projectleider verstoren’ voerde een achttal feiten en omstandigheden aan. Vijf ervan hadden betrekking op de strenge geloofsovertuiging van de persoon. Die werden door de rechter als zijnde irrelevant terzijde geschoven. Andere redenen bleken te zijn dat de Criminele Inlichtingen Eenheid van de regiopolitie Amsterdam-Amstelland over informatie beschikte dat zich explosieven in de woning van de persoon bevonden. Bij een doorzoeking van de woning op basis van de Wet wapens munitie twee maanden voordat tot verstoren werd overgegaan, was echter niets in de woning aangetroffen. Wel zou er een in de Arabische taal ingesproken cassettebandje zijn gevonden met het opschrift ‘Oproep tot Jihad’, maar in de procedure kwam dat niet vast te staan. Bovendien bleek de verstoorde persoon de Arabische taal niet te beheersen. De achtste reden voor het verstoren was gelegen in het feit dat de kinderen van de verstoorde vrouw gedurende een korte periode in de zomer met de auto naar school waren gebracht door een man die banden zou onderhouden met de Hofstadgroep. Inmiddels had zij echter zelf haar rijbewijs gehaald.<sup>18</sup>

### **3. Verstoren wegens gevaar voor openbare orde**

De officiële reden om tot persoonsgericht verstoren over te gaan is dat een persoon een gevaar is voor de openbare orde. Wat moeten we

---

<sup>16</sup> Aldus de burgemeester van Amsterdam.

<sup>17</sup> Verstoren wordt gezien als feitelijk handelen, zodat slechts beroep openstaat op de civiele rechter.

<sup>18</sup> LJN: AU7314, Rb Amsterdam, 1 december 2005, 328230/KG 05-2159 AB.

daaronder verstaan?<sup>19</sup> Ooit schreef een student in zijn scriptie: hoewel we niet weten wat openbare orde is, weerhoudt het niemand ervan hem te handhaven.<sup>20</sup> Er zijn inderdaad weinig juridische noties die zich zo moeilijk laten definiëren als juist het begrip openbare orde. De wet noemt het begrip slechts en daarom is het vaak gissen wat er precies onder valt. In zoverre is het ideaal van art. 10 van de *Déclaration des Droits de l'Homme et du Citoyen* van 1789 dat spreekt van *l'ordre public établi par la loi*, slechts ten dele gerealiseerd.

In het privaatrecht wordt het begrip openbare orde vaak in één adem genoemd met de goede zeden. Men doelt dan op wezenlijke beginselen die aan ons rechtstelsel ten grondslag liggen. Burgers mogen geen rechtshandelingen verrichten die met dit essentiële gedachtegoed in strijd komen. Men kan denken aan aantasting van de menselijke waardigheid of aan verboden discriminatie.<sup>21</sup>

In het publiekrecht legitimeert het begrip openbare orde de overheid tot ingrijpen in de rechten en vrijheden van burgers. Staatssecretaris Cals van Onderwijs, Kunsten en Wetenschappen trok bijvoorbeeld een reisbeurs aan G.K. van het Reve in 1951 in, omdat hij vond dat Reve's essay 'Melancholia' in strijd was met de 'openbare orde en goede zeden'. Reve hield er blijkbaar niet hetzelfde gedachtegoed op na als de toenmalige staatssecretaris.<sup>22</sup>

Soms gaat het bij het begrip openbare orde niet uitsluitend om een gedachtegoed, maar zit er ook een fysieke component in. In 2003

---

<sup>19</sup> Er circuleren vele omschrijvingen. A.H.M. Dölle en D.J. Elzinga m.m.v. J.W.M. Engels, *Handboek van het Nederlandse gemeenterecht*, Deventer, 2005, p. 389, lijken het oog te hebben op de onmiddellijke handhaving van de openbare orde. Andere definities zijn ruimer en doelen op de onmiddellijke openbare ordehandhaving en de algemene bestuurlijke handhaving. In die laatste zin M.A.D.W. de Jong, *Orde in beweging, Openbare ordehandhaving en de persoonlijke vrijheid*, Deventer, 2000, p. 18: de zorg voor en de plicht tot het feitelijk bewaren en herstellen van de openbare orde en de zorg voor naleving van regels, bij niet-naleving waarvan de orde en rust in het openbare leven wordt verstoord.

<sup>20</sup> F. Panholzer, *De rechterlijke bevelen tot handhaving van de openbare orde*, 1975, p. 6 zoals aangehaald door Van der Meulen, 1993, p. 14.

<sup>21</sup> TK 1980-1981, 17476, nr. 5, p. 3.

<sup>22</sup> De beschrijving van een masturbatiescène zette kwaad bloed.

promoveerde theologe H.N. Roskam aan de Universiteit Leiden op een proefschrift over het Marcusevangelie.<sup>23</sup> Roskam stelt hierin dat dit evangelie is geschreven als reactie op de vervolging van Galilese christenen door lokale joodse en Romeinse overheden. Marcus probeerde met zijn evangelie aan te tonen dat christenen niet – zoals de Romeinen veronderstelden – een gevaar voor de openbare orde betekenden.<sup>24</sup> Enerzijds wordt hier gedoeld op het christelijke gedachtegoed dat door de machthebbers als bedreigend werd ervaren en anderzijds op een fysieke component. De Romeinen vreesden voor relletjes of nog erger een opstand. In het verdragsrecht komt deze gemengde betekenis nog wel eens toe aan het begrip openbare orde.

In het openbare-orderecht heeft het begrip openbare orde vooral een fysieke connotatie. Dit recht stelt zich ten doel te bevorderen dat burgers zich fysiek veilig en in vrijheid in het publieke domein kunnen bewegen. Persoonsgericht verstoren lijkt naadloos aan te sluiten bij deze doelstelling. De verstoorde persoon wordt geacht een gevaar te zijn voor de fysieke veiligheid in de openbare ruimte.

#### **4. Onmiddellijke handhaving openbare orde**

Persoonsgericht verstoren vindt plaats in het kader van de handhaving van de openbare orde. Bij de totstandkoming van de Gemeentewet is vast komen te staan dat de handhaving van de openbare orde uit twee elementen bestaat: enerzijds de daadwerkelijke voorkoming van zich concreet voordoende of dreigende verstoringen van de openbare orde en anderzijds de algemene, bestuurlijke voorkoming van strafbare feiten. Art. 5:23 Awb spreekt waar het over de eerst genoemde component gaat van de ‘onmiddellijke handhaving van de openbare orde’. Kan de burgemeester onder die noemer persoonsgericht verstoren?

---

<sup>23</sup> Het Evangelie naar Marcus is het oudste ons overgeleverde geschrift van enige omvang dat een samenhangende beschrijving geeft van Jezus’ werkzame leven, dood en opstanding.

<sup>24</sup> H.N. Roskam, *The purpose of the gospel of Mark in its historical and social context*, Leiden, 2003.



Art. 172 lid 1 Gemw. belast de burgemeester met de handhaving van de openbare orde. Art. 172 lid 2 Gemw. bepaalt dat de burgemeester in dat kader bevoegd is overtredingen van wettelijke voorschriften die betrekking hebben op de openbare orde te beletten of te beëindigen. Dit tweede lid heeft echter uitsluitend het oog op de onmiddellijke handhaving van de openbare orde.<sup>25</sup> De burgemeester is niet altijd en onder elke omstandigheid het aangewezen bestuursorgaan om de openbare orde te handhaven. Ook andere bestuursorganen hebben taken en bevoegdheden in de sfeer van de fysieke handhaving van de openbare orde. Het college van b&w en de officier van justitie beëindigen evenzeer de overtreding van wettelijke voorschriften die betrekking hebben op de openbare orde. Toch gaat het niet om concurrerende bevoegdheden.

#### **4.1 Bevoegdheid burgemeester en college**

Wie een blik op een gemiddelde Algemene Plaatselijke Verordening (hierna: APV) van een gemeente werpt, en dan speciaal op het hoofdstuk ‘Openbare orde’, ontdekt dat de handhaving van veel van de hierin opgenomen bepalingen niet aan de burgemeester is, maar aan het college van burgemeester en wethouders. Vóór de dualisering van het gemeentebestel bevatte art. 162 Gemw. de hoofdregel: het college is belast met de uitvoering van de besluiten van de raad, tenzij de formele wet de burgemeester er mee belast.<sup>26</sup>

Het college van b&w handhaaft bijvoorbeeld met gewone bestuursrechtelijke middelen de verordening die verbiedt spandoeken, aanplakbiljetten, leuzen en dergelijke op een pand aan te brengen zonder toestemming van de rechthebbende. De opdracht tot handhaving van deze verordening met behulp van bestuursdwang of dwang-

---

<sup>25</sup> Dit geldt evenzeer voor art. 172 lid 3 Gemw. Die bevoegdheid kan echter worden ingezet bij verstoring van de openbare orde als er geen overtreding van een wettelijk voorschrift plaatsvindt.

<sup>26</sup> Volgens De Jong, 2000, p. 32, moet het gaan om een formele wet.

som is niet het gevolg van een bevestiging van de raad, maar van een volgens de rechtspraak juiste attributie.<sup>27</sup>

Een actiegroep plakst op huizen en gebouwen zonder toestemming van de rechthebbenden posters met de tekst: ‘Wie zet de minister van Vreemdelingenzaken uit?’ Het gemeentelijk plakverbod staat in het hoofdstuk Openbare orde. Overtreding van dit verbod betekent derhalve per definitie een ordeverstoring. De lokale plakverordening belast het college van b&w met de handhaving. Het meest handige voor het college is om een last onder dwangsom op te leggen.

Met de handhaving van het plakverbod heeft de burgemeester in beginsel niets van doen, maar stel nu dat de overtreding van dit verbod gepaard gaat met een (dreigende) verstoring van de openbare orde, waarbij derden zijn betrokken. De actievoerders kondigen bijvoorbeeld aan dat zij op een avond nog veel meer posters gaan plakken en de burgemeester krijgt via een ambtsbericht te horen dat politiek andersgezinden (*hostile audience*) in groten getale naar zijn stad komen om de actievoerders er met geweld van te weerhouden meer posters te plakken. Er dreigt openlijke geweldpleging te gaan plaatsvinden zoals strafbaar gesteld in art. 141 Sr. In zo’n acute situatie komt de bijzondere bevoegdheid van art. 172 lid 2 Gemw. in beeld. De bevoegdheid van het college reikt niet ver genoeg om daar adequaat tegen te kunnen optreden. In een dergelijke situatie kan de burgemeester overgaan tot handhaving van de openbare orde zich hierbij bedienend van de politie. De burgemeester handhaaft weliswaar dan ook het plakverbod, maar het is slechts een soort van bijvangst.<sup>28</sup>

---

<sup>27</sup> ABRS 6 maart 202, AB 1992, 361, m.nt. J.G. Brouwer en A.E. Schilder.

<sup>28</sup> Anders dan in de literatuur wordt verondersteld, hoeft dit niet tot competentieproblemen te leiden, mits de burgemeester er maar van uitgaat dat de eenvoudige overtreding van een verbod op zich onvoldoende is om de onmiddellijke handhavingbevoegdheden van de burgemeester in werking te kunnen stellen.

## 4.2 Gewone en onmiddellijke bevoegdheden burgemeester

In de gemiddelde APV vindt men ook bepalingen waarvan het aan de burgemeester is om die door middel van gewone bestuursrechtelijke middelen te handhaven. Dat wil zeggen door het aanwenden van in die verordeningen zelf toegekende bevoegdheden dan wel door bestuursdwang toe te passen of door een dwangsom op te leggen.<sup>29</sup> Dat zijn de verordeningen waarvan het onderwerp betrekking heeft op openbare samenkomsten (zoals evenementen), vermakelijkheden (zoals kermissen) en op voor het publiek toegankelijke gebouwen en bijbehorende erven (zoals horeca-inrichtingen, bioscopen e.d.).<sup>30</sup> Ongeacht het te beschermen belang in die verordening, als het over één van deze vier onderwerpen gaat, is de burgemeester altijd het aangewezen bestuursorgaan om de verordening uit te voeren en derhalve ook te handhaven. Dat was de uitkomst van de jurisprudentie van 1987,<sup>31</sup> die in 1994 in art. 174 lid 3 Gemw. is vastgelegd.<sup>32</sup> Overtreedt een horeca-uitbater de sluitingstijden dan kan de burgemeester bijvoorbeeld de overlastvergunning intrekken en indien de uitbater zich hieraan niet houdt bestuursdwang toepassen of een dwangsom opleggen.

Op deze reguliere bestuursrechtelijke handhaving van de openbare orde doelt art. 172 lid 1 Gemw. natuurlijk niet,<sup>33</sup> al was het maar

---

<sup>29</sup> ABRS 26 september 2001, *AB* 2002, 67, m.nt. F.R. Vermeer.

<sup>30</sup> Art. 174 Gemw. spreekt letterlijk van voor publiek openstaande gebouwen.

<sup>31</sup> HR 15 december 1987, *NJ* 1988, 708 en *AB* 1988, 486 ABRS. Bestemmingsplannen en hierbij behorende gebruiksvoorschriften lijken te ontsnappen aan deze regel.

<sup>32</sup> De ratio van deze bevoegdheidstoedeling is dat deze onderwerpen nauw samenhangen met de onmiddellijke openbare ordehandhaving waarvoor de burgemeester verantwoordelijk is.

<sup>33</sup> Art. 172 lid 1 Gemw. doelt uitsluitend op de onmiddellijke handhaving van de openbare orde. De bepaling noodzaakt de raad ertoe de uitvoering van verordeningen die nauw samenhangen met de onmiddellijke openbare ordehandhaving aan de burgemeester en niet aan het college op te dragen. Dat geldt bijvoorbeeld voor de verordening met daarin de bevoegdheid om verblijfsontzeggingen of verwijderbevelen op te leggen. In de praktijk gebeurt dat ook altijd.

omdat anders art. 174, lid 3 Gemw. overbodig zou zijn: De burgemeester is belast met de uitvoering van verordeningen die betrekking hebben op openbare bijeenkomsten, gemakkelikheden en voor het publiek toegankelijke gebouwen en bijbehorende erven. Dat de burgemeester hiermee belast is, zou dan reeds onvermijdelijk volgen uit art. 172 lid 1 Gemw.<sup>34</sup>

Indien de reguliere sluitingsbevoegdheid van de burgemeester in bijvoorbeeld de Drank en horecaverordening in een situatie dat onverwijld ingrijpen noodzakelijk is onvoldoende soelaas biedt, kan de burgemeester de bevoegdheid van art. 174 lid 2 Gemw. toepassen. Dat is een vergelijkbaar instrument als art. 172 lid 2 Gemw., zij het dat deze bevoegdheid is toegesneden op voor publiek toegankelijke plaatsen. Beide bevoegdheden betreffen de onmiddellijke handhaving van de openbare orde.

### **4.3 Bevoegdheid burgemeester en officier**

Art. 172 lid 2 Gemw. staat de burgemeester toe de overtreding van wettelijke voorschriften die betrekking hebben op de openbare orde te beletten of beëindigen. Aan die bevoegdheid kan ook in de verhouding tot de officier van justitie slechts beperkte betekenis toekomen. De burgemeester kan zich niet op elk door hem gewenst moment inlaten met het beletten of het beëindigen van de overtreding van strafbepalingen. Dat zou tot onoverkomelijke competentiegeschillen met de officier leiden. De burgemeester draagt slechts verantwoordelijkheid voor de openbare orde, de officier voor de strafrechtelijke handhaving van de rechtsorde. Elke overtreding van een strafbepaling in publieke ruimte verstoort echter in beginsel de openbare orde.

---

<sup>34</sup> E. Brederveld, J.C. Schroot en N. Wijma, *Begrip van de Nederlandse gemeente*, deel I, Alphen a/d Rijn, 1990, p. 181 miskennen m.i. dat de continue bestuursbevoegdheid van de burgemeester met het toezicht op openbare samenkomsten en gemakkelikheden en op de voor het publiek toegankelijke gebouwen en bijbehorende erven is gebaseerd op bijzondere wetten en verordeningen. Vgl. E. Brederveld, *Gemeenterecht*, Deventer, 2005, p. 168-171.

Dat de burgemeester beperkingen in acht moet nemen bij de handhaving van de openbare orde ten opzichte van de officier blijkt al enigszins uit de grammaticale interpretatie van dat tweede lid. In de aanloop naar de nieuwe Politiewet in 1993 en de nieuwe Gemeentewet in 1994 is vast komen te staan dat de strafrechtelijke handhaving van de rechtsorde waarover art. 2 Polw. spreekt zich onder meer richt op het daadwerkelijke voorkomen en beëindigen van strafbare feiten.<sup>35</sup> Het beletten van strafbare feiten is niet hetzelfde als het voorkomen van strafbare feiten. In Van Dale Groot Woordenboek staat bij 'beletten' niet dat het een synoniem is van 'voorkomen'. Dat lijkt mij goed verdedigbaar. Er is een verschil tussen die twee. Men kan bijvoorbeeld niet zeggen: beletten is beter dan genezen. Beletten is niet hetzelfde als voorkomen, hoewel het resultaat van beide dicht bij elkaar in de buurt zit. Iemand het spreken beletten is iets anders dan voorkomen dat iemand spreekt. Bij beletten is de actie die verhindert wordt óf al gestart óf die actie dreigt onmiddellijk te starten. Er zit een faseverschil tussen het voorkomen en het beletten van strafbare feiten. Beletten zit dicht op (het begin van) de actie dan voorkomen. Voorkomen behelst een breder scala aan mogelijkheden.

Een veel sterker argument voor de beperkte taak van de burgemeester is dat de officier zich richt op de potentiële dader of daders. De gevolgen van het strafbare feit voor de openbare orde zijn voor hem in beginsel niet relevant. Hij heeft – enigszins gechargeerd gesteld – alleen oog voor het daadwerkelijke voorkomen van strafbare feiten door een specifieke dader of specifieke daders. Hij is bij het voorkomen van strafbare feiten ook niet gedwongen om zijn speelveld te beperken tot het publieke domein.

De burgemeester daarentegen is verantwoordelijk voor de openbare orde.<sup>36</sup> Hij is primair gericht op het herstellen van de openbare

---

<sup>35</sup> Vanzelfsprekend horen hier ook toe: het opsporen van strafbare feiten, het vervolgen en berechten van de daders en het ten uitvoerleggen van rechterlijke beslissingen.

<sup>36</sup> Dit lijkt de Afdeling te veronachtzamen in ABRS 9 november 2005, *AB* 2006, 90, m.nt. J.G. Brouwer en A.E. Schilder. Zie over de problemen van rechtsbescherming bij preventief fouilleren A.J.Th. Woltjer e.a., *NJB*, 2003, p. 1903-1904.

orde dan wel op het voorkomen dat die verstoord wordt. Het beletten en beëindigen van de overtreding van strafbepalingen is slechts bijzaak. De handhaving van de openbare orde richt zich op preventie en herstel, niet op het opleggen van punitieve sancties. Ik licht een en ander toe aan de hand van een voorbeeld.

In de gemeente Hardenberg trekt in 2003 een groot aantal personen naar aanleiding van een fietsendiefstal massaal op naar het huis van de (vermeende) dief. Met de handhaving van de norm waarin diefstal is vastgelegd (art. 310 Sr) heeft de burgemeester niets van doen, de handhaving hiervan is aan de officier. Niet alleen is de diefstal een voldongen feit, maar ook is de diefstal op zichzelf niet gepaard gegaan met verstoring van de openbare orde. Zou de burgemeester zich ermee bemoeien, dan zou dit tot een competentieprobleem met de officier kunnen leiden. Anders ligt dit met de dreigende overtreding van de norm die mishandeling verbiedt (art. 300 Sr). Het agressieve publiek trekt dreigend met veel geschreeuw op naar de woning van de (vermeende) dief met het kennelijke doel om hem te molesteren. De dreigende overtreding van die strafbepaling levert in dit geval een gevaar voor de openbare orde op en daarvan is het aan de burgemeester om die met behulp van de politie weg te nemen. Dat hij als gevolg hiervan de mishandeling voorkomt – normaal gesproken de taak van officier – is slechts een soort van bijvangst.

Als de officier van justitie niet of niet adequaat kan optreden tegen de overtreding van strafbepalingen die de openbare orde verstoren dan wel dreigen te verstoren, dan kan de burgemeester zijn onmiddellijke bevoegdheden tot handhaving van de openbare orde inzetten. Deze vorm van handhaving van de openbare orde is geen sluitpost van de strafrechtelijke handhaving van de rechtsorde, maar een op zich zelf staande verantwoordelijkheid van de burgemeester.

## 5. Verstoren ter onmiddellijke handhaving

### 5.1 Situatievereiste

Hiervoor zagen we dat art. 172 lid 2 Gemw. de burgemeester de bevoegdheid verschafft om met voorbijgaan aan het college van b&w of de officier de openbare orde onmiddellijk te handhaven. De burgemeester beschikt over meer van dit soort overstijgende bevoegdheden. Ze zijn te vinden in art. 172, art. 173, art. 174, art. 175, art. 176 en art. 176a Gemw. Wanneer mag de burgemeester nu van deze onmiddellijke bevoegdheden gebruik maken? In de jurisprudentie wordt conform de wetsgeschiedenis aangehouden dat er sprake moet zijn van een concrete en actuele (dreigende) verstoring van de openbare orde waarin onmiddellijk ingrijpen noodzakelijk is.<sup>37</sup>

De overtreding van welke wettelijke voorschriften kan de burgemeester beletten of beëindigen? Dat zijn in ieder geval de bevelen en algemeen verbindende voorschriften die van de burgemeester zelf uitgaan: de noodverordening en de bevelen in het kader van de onmiddellijke handhaving van de openbare orde. Dat geldt ook voor alle strafbepalingen, ongeacht of ze in de APV staan dan wel in het Wetboek van strafrecht, willekeurig of ze onder het kopje ‘Openbare orde’ staan of niet, mits voldaan wordt aan twee voorwaarden. Het strafbare feit of de dreiging ervan moet een concreet en actueel verstorend effect hebben op de normale gang van zaken in het openbare leven en de strafrechtelijke handhaving alleen biedt onvoldoende soelaas om de orde te herstellen dan wel de bedreiging van de verstoring weg te nemen.<sup>38</sup>

Speelt een zodanige situatie op het moment dat de burgemeester zijn beslissing neemt om een persoon te gaan verstoren? Weliswaar komt aan de burgemeester bij het bepalen hiervan de nodige beoordelings-

---

<sup>37</sup> H.M.B. Breunese, J.G. Brouwer en A.E. Schilder, *Wapenen tegen drugsoverlast*, Deventer 1996, p. 80-86.

<sup>38</sup> H.P.J.A.M. Hennekens, *Handhaving van de openbare orde*, 1990, p. 76; zie ook De Jong, 2000, p. 35-36.

ruimte toe, maar het is ondenkbaar dat de rechter met hem van mening zal zijn dat een zodanige situatie aan de orde is in de gevallen waarin hij overgaat tot persoonsgericht verstoren. Het mogelijk te plegen strafbare feit ligt hiervoor veel te ver in de toekomst en de mate van waarschijnlijkheid dat dit gepaard gaat met verstoring van de openbare orde in specifiek zijn gemeente, is hiervoor te gering.

## **5.2 Eisen van onmiddellijkheid**

Gesteld dat de rechter wel van mening is dat er voldaan wordt aan het situatiecriterium, is verstoren dan het type maatregel dat genomen kan worden in het kader van de onmiddellijke bevoegdheden van de burgemeester om de openbare orde te handhaven? Zoals gezegd, spreekt art. 5:23 Awb als het over deze bijzondere bevoegdheden van de burgemeester gaat, van de onmiddellijke handhaving van de openbare orde. Het is moeilijk te zeggen waar de term vandaan komt, maar Thorbecke schreef al over deze vorm van openbare orde-handhaving: ‘Zal de openbare orde waar men haar verstoort of bedreigt, spoedig worden hersteld of gehandhaafd, het is nodig dat in het nemen van besluiten niet gedraald en het beslotene onmiddellijk uitgevoerd wordt.’<sup>39</sup>

Art. 5:23 Awb zondert de toepassing van de onmiddellijke bevoegdheden van de burgemeester in de Gemeentewet uit van de waarborgen van Afdeling 5.3 Awb. In de parlementaire geschiedenis staat dat als de burgemeester feitelijk optreedt ter onmiddellijke handhaving van de openbare orde dit in wezen ook te beschouwen is als de toepassing van bestuursdwang. De burgemeester beëindigt immers met feitelijke middelen een met een wettelijk voorschrift strijdige situatie. De Mobiele Eenheid onder verantwoordelijkheid van de burgemeester voert bij ongeregelde heden bijvoorbeeld een charge uit om een groep mensen te weerhouden van vernielingen. Ten tijde van grootschalige ordeverstoringen kan men echter moei-

---

<sup>39</sup> Bijlagen II 1850-1851, MvT, p. 395.



lijk vereisen dat de burgemeester voordat hij tot actie overgaat een schriftelijk besluit neemt, aldus de toelichtende stukken.

Art. 5:34 Awb lijkt dus een zinvolle bepaling. Als we echter in het zesde lid van artikel 5:24 Awb lezen dat als de situatie dermate spoedeisend is dat het bestuursorgaan de beslissing tot gewone bestuursdwang niet tevoren op schrift kan stellen, dit achteraf kan gebeuren, wordt de betekenis ervan toch wat duister. Waarom dan toch deze uitzondering? Ik kan maar één goede reden bedenken en die is dat het in de hectiek van de onmiddellijke handhaving van de openbare orde vaak niet duidelijk is om de handhaving van welk wettelijk voorschrift het nu precies gaat, ook achteraf niet.

De onmiddellijke handhaving van de openbare orde wordt overigens niet zelden ondersteund door rechtshandelingen van de burgemeester. Art. 176 Gemw. staat hem toe noodverordeningen af te kondigen. Ook kan hij krachtens art. 172, art. 173, art. 174, art. 175 en art. 176a Gemw. bevelen geven die tijdelijk invulling geven aan wat orde is.

Behoort de bevoegdheid om drugspanden te sluiten in art. 174a Gemw. tot het instrumentarium van de onmiddellijke handhaving van de openbare orde? De bevoegdheid in deze bepaling draagt een ambivalent karakter, maar heeft toch het meeste weg van de gewone bestuursdwang. Er is slechts één verschil, er wordt niet zoals in art. 5:23 Awb een specifiek wettelijk voorschrift gehandhaafd; er wordt heel algemeen overlast bestreden.

Overtreding van de noodverordening wordt strafbaar gesteld in art. 443 Sr. De bevelen van de burgemeester worden gezien als 'wettelijke voorschriften' in de zin van art. 184 Sr. Zij zijn echter niet volgens een democratische procedure tot stand zijn gekomen. Hiervoor is door de wetgever bewust gekozen. Er dient onmiddellijk te kunnen worden opgetreden tegen (dreigende) verstoring van de openbare orde. Juist hierom is de verantwoordelijkheid in handen gelegd van een eenhoofdig bestuursorgaan: de burgemeester zich bedienend van de politie.

Met art. 5:23 Awb wordt het de burgemeester gemakkelijk gemaakt om de openbare orde onmiddellijk te handhaven. De burgemeester hoeft zijn beslissingen in het kader hiervan niet op schrift te stellen. Evenmin is het noodzakelijk eerst te waarschuwen,<sup>40</sup> noch hoeft hij de overtreders een begunstigingstermijn aan te bieden. De burgemeester is ook niet gehouden zijn beslissing te motiveren, noch hoeft hij aan te geven welk wettelijk voorschrift is overtreden of – sterker nog – het doet er zelfs niet toe of er wel een voorschrift wordt overtreden.

Het is evident dat de burgemeester vanwege dit verlies aan waarborgen bij de justitiabelen niet alleen slechts in bijzondere omstandigheden van de bijzondere bevoegdheden gebruik mag maken, maar ook dat er specifieke eisen gesteld moeten worden aan de inhoud van zijn maatregelen in het kader van de onmiddellijke handhaving van de openbare orde.

Stel dat de rechter van mening is dat de omstandigheden die aanleiding voor de burgemeester zijn geweest om over te gaan tot persoonsgericht verstoren, een concreet en actueel (dreigend) gevaar voor de openbare orde opleveren, kan men dan persoonsgericht verstoren beschouwen als een toelaatbare species van het genus beletten en beëindigen van strafbare feiten in de zin van art. 172 lid 2 Gemw? Voldoet de maatregel persoonsgericht verstoren van de burgemeester aan – wat ik noem – de eisen van onmiddellijkheid?

Een eerste eis die we aan een maatregel in het kader van de onmiddellijke handhaving van de openbare orde moeten stellen is dat de duur van de maatregel direct gekoppeld is aan de tijd dat er gevaar dreigt voor de openbare orde.<sup>41</sup> De maatregel moet ophouden te gelden zo gauw als het gevaar is geweken ofwel in het geval van een noodverordening, zo gauw als het redelijkerwijs mogelijk is langs democratische weg regelgeving tot stand te hebben gebracht. In het verleden zijn bevoegdheden in de sfeer van de onmiddellijke handhaving vaak gedurende een veel te lange periode ingezet. Bijna altijd

---

<sup>40</sup> Art. 175 lid 2 Gemw. vormt hierop een uitzondering.

<sup>41</sup> Rb. Rotterdam 23 februari 2005, *Gst.*, 2005, no. 7230, 84, m.nt. M.A.D.W. de Jong.

gebeurt dat straffeloos, bijvoorbeeld in de sfeer van verblijfsontzeggingen. Zelfs internationaal rechterlijk toezicht blijkt hiertegen geen remedie.<sup>42</sup>

De tweede eis is dat de maatregel een onverwijlde reactie is op geconstateerde (dreigende) verstoring van de openbare orde. Als er voldaan wordt aan het situatiecriterium, dan dient er ook onmiddellijk tegen opgetreden te worden. Optreden op een later tijdstip met gebruikmaking van een bevoegdheid in de sfeer van de onmiddellijke handhaving van de openbare orde, eventueel met voorbijgaan aan een ander bestuursorgaan, heeft niet alleen de schijn van willekeur, maar toont ook aan dat er geen echte noodzaak bestaat om van de bijzondere bevoegdheden gebruik te maken.

De burgemeester van Castricum deelt café 't Gemeentehuys mee dat het gedurende een weekeinde twee dagen gesloten zal worden, omdat vijf dagen eerder het gemeentelijke sluitingsuur voor een tweede achtereenvolgende keer is overtreden. De burgemeester baseert zijn besluit op art. 174 lid 2 Gemw. Dat artikel bevat een bevoegdheid in de sfeer van de onmiddellijke handhaving van de openbare orde. De Afdeling bestuursrechtspraak verklaart de sluiting om die reden onrechtmatig. Van een situatie die tot onverwijld ingrijpen ter bescherming van de veiligheid en gezondheid noopt, is geen sprake.<sup>43</sup>

De derde eis is dat de maatregel de (dreigende) verstoring van de openbare orde per direct aanpakt. Indien het nemen van een maatregel op grond van een onmiddellijke bevoegdheid noodzakelijk is, moet die maatregel gericht zijn op het direct wijzigen van de situatie die de openbare orde in gevaar brengt, anders is er blijkbaar geen

---

<sup>42</sup> EHRM, 4 juni 2002, *AB* 2003, 19, m.nt. J.G. Brouwer en A.E. Schilder; ABRS, 19 december 1996, *AB* 1997, 79, m.nt. FM; Rb Amsterdam, 19 januari 1996, *AB* 1996, 171, m.nt. FM; zie ook HR 23 april 1996, *NJ* 1996, 514; ABRS 14 mei 1996, *RAwb* 1996, 108 m.a. M.A.D.W. de Jong, *JB* 1996, m.nt. BvM; vgl. EHRM 23 september 1998, *NJ* 2000, 29, m.nt. EAA.

<sup>43</sup> ABRS 9 juni 2004, *AB* 2005, 331, m.nt. J.G. Brouwer.

noodzaak gebruik te maken van de bijzondere bevoegdheid. Ik licht dat toe aan de hand van een voorbeeld.

Een schip wordt gebruikt voor de huisvesting van zeker 60 Poolse werknemers van een in de nabijheid gevestigde werf. Het schip voldoet echter op geen enkele wijze aan de bij en krachtens de Binnenschepenwet gestelde eisen inzake brandveiligheid voor binnenschepen, noch aan de van toepassing zijnde regelgeving voor logiesgebouwen (Bouwverordening) en woonboten (Brandbeveiligingsverordening). Volgens de Scheepvaartinspectie en de Brandweer Maastricht is er aan boord van het schip sprake van een levensbedreigende situatie voor de personen.

De burgemeester van Maastricht beveelt het schip ‘General Maczek’ binnen drie dagen te ontruimen en ontruimd te houden. Een bevel dat de bewoners van het schip een termijn van drie dagen gunt om het schip te ontruimen, staat op zeer gespannen voet met de eis om het gevaar voor de openbare orde per direct aan te pakken. Een bevel om per onmiddellijk het roken, stoken en koken te stoppen, zou veel passender zijn geweest ter onmiddellijke bezwering van het brandgevaar.<sup>44</sup>

Voldoet de maatregel persoonsgericht verstoren aan deze drie eisen van onmiddellijkheid? Ik meen van niet, met name niet waar dit de duur van de maatregel betreft. De onmiddellijke bevoegdheden zijn niet bedoeld om gedurende lange tijd te worden ingezet.

### **5.3 Andere voorwaarden**

Maatregelen krachtens art. 172 lid 2 Gemw. dienen ook aan andere voorwaarden te voldoen. Zo mogen dit soort maatregelen geen inbreuk maken op grondrechten, althans niet zonder dat zij zijn terug te voeren op een expliciete wettelijke grondslag. Een bevel aan burgers om zich van een bepaalde plaats te verwijderen, kan indien het bevel niet wordt opgevolgd kracht worden bijgezet met fysiek optreden van de politie. Geweld maakt weliswaar inbreuk op het grondrecht

---

<sup>44</sup> ABRS, 17 november 2004, AB 2005, 410, m.nt. J.G. Brouwer.

van onaantastbaarheid van het menselijk lichaam, maar het gebruik ervan is terug te voeren op een uitdrukkelijke wettelijke grondslag: art. 8 Polw.

Persoonsgericht verstoren in de uitgebreide variant maakt inbreuk op het huisrecht. Dit is niet terug te voeren op een wettelijke basis. Art. 172 Gemw. zelf kan niet gezien worden als een voldoende wettelijke grondslag voor beperkingen van grondrechten. Maatregelen in de sfeer van de onmiddellijke handhaving van de openbare orde die inbreuk maken op grondrechten zijn niet ondenkbaar, maar zij moeten passen in de grondwettelijke beperkingensystematiek. Een redelijke uitleg van de Grondwet is dat er in geval van een noodsituatie in de zin van art. 175 Gemw. mag worden afgeweken van grondrechtelijke bepalingen als de te nemen maatregel noodzakelijk is ter bescherming van de veiligheid of gezondheid van de burger die door de maatregel wordt getroffen.<sup>45</sup> Van een noodsituatie of een maatregel die voldoet aan dit criterium kunnen we niet bepaald spreken bij persoonsgericht verstoren.

Een laatste voorwaarde aan een maatregel krachtens art. 172 lid 2 Gemw. is dat hij gericht dient te zijn tot de burger. Dit artikel heeft betrekking op de verhouding burgemeester - burger.<sup>46</sup> De burgemeester laat via de politie aan de ordeverstoringe burger weten hoe die zich moet gedragen, bijvoorbeeld met welke ordeverstoringe handelingen hij moet stoppen. Bij persoonsgericht verstoren geeft de burgemeester slechts aanwijzingen aan de politie.

## **6. Verstoren ter algemene bestuurlijke handhaving**

Bij de totstandkoming van de Gemeentewet werd als andere component van de handhaving van de openbare orde door de burgemeester genoemd de algemene bestuurlijke voorkoming van strafbare feiten.

---

<sup>45</sup> J.G. Brouwer en A.E. Schilder, Nood breekt wet, ook de Grondwet? in: *Ramp en recht, Beschouwingen over rampen, verantwoordelijkheid en aansprakelijkheid*, E.R. Muller & C.J.J.M. Stolker (red.), Leiden 2001, p. 275.

<sup>46</sup> De Jong, 2000, p. 42.

Bij deze algemene bestuurlijke verantwoordelijkheid gaat het over taken en bevoegdheden van de burgemeester in bijzondere wetten dan wel bepalingen in de Gemeentewet die niet tot de onmiddellijke handhaving van de openbare orde kunnen worden gerekend. De Jong en Michiels inventariseren 46 bijzondere wetten met hierin bevoegdheden voor de burgemeester, zoals de Opiumwet, de Wet Bijzondere Opnemingen in Psychiatrische Ziekenhuizen, de Vogelziektewet, de Kernenergiewet, de Zondagswet enz. enz.<sup>47</sup> Wetsystematische redenen dwingen ertoe aan te nemen dat art. 172 lid 1 Gemw. niet doelt op deze component van handhaving van de openbare orde.<sup>48</sup>

De burgemeester zal zich bij de uitvoering van de algemene bestuurlijke taak, omdat urgentie afwezig is, steeds ondergeschikt moeten maken aan de belangen van de officier van justitie. Een aanwijzing van de burgemeester aan de politie om hem bij te staan bij de sluiting van een drugswoning kan bijvoorbeeld conflicteren met een aanwijzing van de officier van justitie, omdat die een crimineel netwerk wil blootleggen en daarvoor heimelijk de woning in de gaten wenst te houden. In deze situatie zal de opdracht van de officier voor gaan.

Regelt art. 172 lid 2 Gemw. dat de burgemeester zich voor de onmiddellijke handhaving van de openbare orde bedient van de politie,<sup>49</sup> bij de algemene bestuurlijke handhaving maakt de burgemeester gebruik van zijn bevoegdheden in de vele bijzondere wetten en verordeningen alsmede van zijn reguliere bestuursbevoegdheden in de Gemeentewet.

---

<sup>47</sup> M.A.D.W. de Jong en F.C.M.A. Michiels, *Bevoegdheden van de burgemeester, Over bevoegdheden van de burgemeester buiten de Gemeentewet en het bestuurlijk toezicht op de uitoefening van die bevoegdheden*, Utrecht, 2004.

<sup>48</sup> In overeenkomstige zin De Jong, 2000, p. 31; D.J. Elzinga, P.H.S. van Rest en J. de Valk, *Het Nederlandse politierecht*, Zwolle, 1995, p. 168, zijn op grond van de wetsgeschiedenis (TK 19403, nr. 15, p. 48-50) een andere mening toegedaan.

<sup>49</sup> In de Gemeentewet is niet geregeld over hoeveel feitelijke middelen de burgemeester voor de uitoefening van deze taak beschikt. Hiervoor is hij aangewezen op hetgeen het regionaal politiekorps hem ter beschikking stelt. In de Politiewet zijn hiertoe regels opgesteld; zie hierover H.P.J.A.M. Hennekens, *Openbare orderecht*, Deventer, 2004, p. 17.

Ook op grond van de Politiewet komt aan de burgemeester een algemene bestuurlijke verantwoordelijkheid ter handhaving van de openbare orde toe. Art. 12 Polw. luidt: 'Indien de politie in een gemeente optreedt ter handhaving van de openbare orde en ter uitvoering van de hulpverleningstaak, staat zij onder het gezag van de burgemeester.'<sup>50</sup> De bepaling maakt dat de raad de burgemeester steeds voor het politietoetreden in het kader van de handhaving van de openbare orde ter verantwoording kan roepen.

Volgens Hennekens is deze voorwaardelijke formulering één van de oorzaken dat burgemeesters, niet-korpsbeheerders slechts geringe invloed op de handhaving van de openbare orde kunnen uitoefenen in het regionaal college. Het gevolg is dat de politie te eenzijdig inzet op de criminaliteitsbestrijding. Van de wakende en toezichthoudende, preventieve functie komt niet of nauwelijks meer iets terecht.<sup>51</sup> Dat verwijt lijkt niet irreëel. De regiopolitie werd in 1993 ingevoerd met als achterliggende gedachte de gemeentegrensoverstijgende criminaliteit doelmatiger en effectiever te kunnen bestrijden. Om die reden circuleert sinds april 2006 een nieuw wetsvoorstel dat voorziet in een nationaal aangestuurde politie.<sup>52</sup>

Een bijzonderheid in vergelijking met andere wetten in de sfeer van de algemene bestuurlijke handhaving van de openbare orde, is dat de handhaving van de openbare orde in de Politiewet bijna volledig plaatsvindt door middel van feitelijk handelen door de politie.

---

<sup>50</sup> In art. 13 Polw. is vastgelegd dat de politie bij de strafrechtelijke handhaving onder het gezag van de officier van justitie staat.

<sup>51</sup> Hennekens, 2004, p. 96-104.

<sup>52</sup> Zie: <[www.justitie.net/documenten/Politiewet%25202007-0603131\\_tcm74-110483.pdf](http://www.justitie.net/documenten/Politiewet%25202007-0603131_tcm74-110483.pdf)> ; zie over voor- en nadelen: N. van Maanen, De baas van de politie, <<http://staging.njb.nl/NJB/mem/archief,art20504.html>>

## 6.1 Verstoren ex art. 12 Polw.

Kan art. 12 Polw. de basis vormen voor het persoonsgericht verstoren? Lid 2 van dit artikel verschaft de burgemeester de bevoegdheid de nodige aanwijzingen te verstrekken aan de betrokken ambtenaren van politie – niet de politie als zodanig. De bepaling als zodanig schept geen bevoegdheden voor de politie, het regelt slechts de verhouding tussen de burgemeester en de politie. Vanzelfsprekend kan de burgemeester slechts opdrachten geven die de politie met de haar ten dienste staande bevoegdheden in de sfeer van de openbare orde kan uitvoeren. In het kader van de handhaving van de openbare orde beschikt de politie niet over de strafvorderlijke dwangmiddelen, zelfs niet als de officier van justitie hiertoe opdracht geeft.

Tijdens de Eurotop in 1997 in Amsterdam werd een groot aantal personen nog voor ze in de gelegenheid waren geweest zich als ‘oproerkraaiers’ te ontpoppen een aantal dagen in voorlopige hechtenis genomen, omdat zij zogenaamd verdacht werden van deelneming aan een criminele organisatie zoals strafbaar gesteld in art. 140 Sr. Na afloop van de top gaf de officier van justitie toe dat zijn doel nooit was geweest het vervolgen en berechten van de ‘rad-draaiers’. Hij wendde strafvorderlijke bevoegdheden aan als een preventieve openbare-ordemaatregel. Het dwong de Staat der Nederlanden tot het betalen van een geringe schadevergoeding aan de getroffen personen.<sup>53</sup>

De politie kan bij de handhaving van de openbare orde geen gebruik maken van dwangmiddelen als telefoontap, in beslagneming van goederen, doorzoeking van een huis, opvragen gegevens telefoonverkeer, infiltratie, pseudokoop, observatie, richtmicrofoons, peilzenders, inijkoperaties en bloedproef. Dat zelfde geldt voor vrij-

---

<sup>53</sup> J.G. Brouwer en A.E. Schilder, Politie misbruikte haar bevoegdheden, *NRC Handelsblad* 18 juni 1997; zie ook Hof Amsterdam, 9 januari 1981, *NJ* 1981, 386 en HR 3 februari 1976, *NJ* 1976, 311.



heidsbenemende dwangmiddelen als inverzekeringstelling en voorlopige hechtenis.

Het is daarom van groot belang de handhaving van de openbare orde goed te onderscheiden van de strafrechtelijke handhaving. Maar hoe moet dat? De Hoge Raad besliste tot twee keer toe dat de ingezette middelen bepalend zijn.<sup>54</sup> Met Hennekens ben ik van mening dat dit geen gelukkig criterium is. Het eerder vermelde optreden tijdens de bijeenkomst van de Europese leiders in het kader van de Europese Gemeenschap toont dit aan. Het lijkt mij goed om ook het nagestreefde doel erbij te betrekken. Vanwege de omstandigheid dat art. 12 Polw. geen bevoegdheid voor de politie schept, kan het persoonsgericht verstoren als maatregel hier derhalve niet op worden gebaseerd en moeten we nog steeds op zoek naar een werkelijke grondslag.

## **6.2 Verstoren ex art. 2 Polw.**

De politie kan vanzelfsprekend gebruikmaken van haar algemene bevoegdheden in de Politiewet indien zij een aanwijzing krachtens art. 12 Polw. van de burgemeester krijgt. Kan nu op één van de algemene bevoegdheden tot feitelijk handelen in de Politiewet het persoonsgericht verstoren worden gegrond? Die bevoegdheden van de politie kunnen feitelijke handelingen betreffen, maar ook rechtshandelingen.<sup>55</sup>

Wat de precieze aard en omvang van die bevoegdheden zijn, kan niet goed worden vastgesteld. De oorzaak hiervan is gelegen in het feit dat de rechter uit art. 2 Polw. ongeschreven bevoegdheden afleidt. Art. 2 Polw. belast de politie met de daadwerkelijke handhaving van de rechtsorde, uiteenvallend in de strafrechtelijke en de

---

<sup>54</sup> HR 24 oktober 1961, *NJ* 1962, 86 en HR 22 februari 1977, *NJ* 1977, 288.

<sup>55</sup> In HR 24 oktober 1961, *NJ* 1962, 86 nam de Hoge Raad aan dat de politie op grond van art. 2 Polw. binnen zekere grenzen bevelen kan geven en dat overtreding van een dergelijk bevel een misdrijf ex art. 184 Sr is. Zie over de grenzen van dit soort bevelen: H.P.J.A.M. Hennekens, *NJB* nr. 11, 17 maart 1984, p. 321-326.

handhaving van de openbare orde.<sup>56</sup> Hoewel het slechts om een taakomschrijving gaat, deduceert de rechter hieruit toch bevoegdheden voor de politie. Dat gebeurde voor het eerst in het Zijense nachtbrakerarrest van 1961.

Een beschonken man veroorzaakt midden in de nacht in het rustieke Drentse dorpje Zijen overlast door te schreeuwen en te tieren op de openbare weg. Een dienstdoende politiebeambte geeft hem het bevel onmiddellijk naar huis te gaan. Als de man na enige tijd het bevel nog altijd niet heeft opgevolgd en nog steeds te keer gaat, pakt de politieagent de man vast om hem persoonlijk naar huis te geleiden. De man verzet zich echter hevig en rukt zich telkens los. Uiteindelijk verbaliseert de politieagent de man wegens het opzettelijk niet voldoen aan een bevel dat gegeven is door een ambtenaar die met enig toezicht is belast.

Dat feit wordt strafbaar gesteld in art. 184 Sr, mits het bevel is gegeven krachtens een wettelijk voorschrift. Op welk wettelijk voorschrift steunt de opdracht van de veldwachter aan de nachtbraker om naar huis te gaan? Openbare dronkenschap wordt weliswaar strafbaar gesteld in het Wetboek van strafrecht, maar dat geeft een agent slechts de bevoegdheid om de dronkelap te verbaliseren, niet om hem naar huis te sturen. Dat voorschrift ontbreekt volgens het Hof van Leeuwarden en daarom beslist het dat het telastegelegde en bewezenverklaarde geen strafbaar feit oplevert. De Hoge Raad denkt daar echter anders over. De plicht om de rechtsorde daadwerkelijk te handhaven, kan de politie niet effectief uitvoeren als

---

<sup>56</sup> De strafrechtelijke handhaving van de rechtsorde vindt plaats onder gezag van de officier van justitie, de openbare-ordehandhaving onder gezag van de burgemeester. Niet altijd wordt deze scheiding consequent aangehouden; zie bv. Hof Amsterdam, AB 2006, 30, m.nt. J.G. Brouwer en A.E. Schilder en ABRS 9 november 2005, AB 2006, 90, m.nt. J.G. Brouwer en A.E. Schilder.

zij niet zou kunnen beschikken over de bevoegdheid om een bevel aan iemand te geven. Uit de taakstelling van de politie leidt de Hoge Raad een bevoegdheid af.<sup>57</sup>

Deze zogenaamde plichtmatigheidsleer laat zich moeilijk rijmen met het legaliteitsbeginsel.<sup>58</sup> Het concept van de rechtsstaat verlangt dat een bestuursbevoegdheid op een wettelijke bevoegdheidsomschrijving berust die zo specifiek is dat deze de verdere rechtsvorming door het bestuur en de rechter normeert.<sup>59</sup> Dat is hier niet het geval. Zo wordt aangenomen dat de politie op grond van art. 2 Polw. in de fase dat er nog geen sprake is van opsporing, feitelijke handelingen mag verrichten als schaduwen, fotograferen en observeren, zo lang dit beperkt blijft tot geringe inbreuken op de privacy.<sup>60</sup> Ook kan zij op basis van art. 2 Polw. voorwerpen op openbare plaatsen in beslag nemen, zo volgt uit de jurisprudentie.<sup>61</sup>

Zelfs de bevoegdheid om geweld te gebruiken, heeft lange tijd geen andere wettelijke grondslag gekend dan art. 2 Polw. Pas in 1987 bracht de wetgever hierin door aanpassing van art. 8 Polw. verandering. Dat was noodzakelijk vanwege de enkele jaren eerder geïntroduceerde strenge grondwettelijke beperkingensystematiek. Sinds 1983 is het uitgangspunt dat voor meer dan geringe inbreuken op een grondrecht een uitdrukkelijk hiervoor in het leven geroepen formele wet noodzakelijk is. Derhalve is er in de Politiewet een grondslag

---

<sup>57</sup> HR 24 oktober 1961, *NJ* 1962, 86. Uit de aangewende middelen leidt de Hoge Raad af dat de politieambtenaar optreedt ter handhaving van de openbare orde-handhaving. Om die taak goed te kunnen uitvoeren, beschikt de politie over de bevoegdheid een bevel als het onderhavige te geven, mits dat naar redelijk inzicht is vereist. Aan die laatste voorwaarde is voldaan, omdat de man mogelijk ergens anders ook nog de openbare orde zou kunnen verstoren.

<sup>58</sup> Zie bv. L. Damen en R. de Lange, *Ontruiming ter handhaving van de openbare orde?*, *NJB* 1983, p. 499 e.v.

<sup>59</sup> In dit verband worden ook genoemd het rechtszekerheids-, het specialiteits- en het consistentiebeginsel.

<sup>60</sup> Men mag aannemen dat de politie de verdragsrechtelijke bewegingsvrijheid ook in geringe mate mag beperken op basis van haar taakomschrijving; De Jong, 2000, p. 89.

<sup>61</sup> HR 2 februari 1977, *NJ* 1977, 288.

gecreëerd, want bij geweldsgebruik wordt inbreuk gemaakt op het grondrecht van onaantastbaarheid van het menselijk lichaam. Maakt feitelijk handelen evident inbreuk op één van de grondwettelijke grondrechten, dan is hiervoor een expliciete wettelijke basis nodig. Om dezelfde reden nam de wetgever in 1989 in art. 8 Polw. een expliciete grondslag voor de zogenaamde veiligheidsfouillering op. Die maakt immers serieus inbreuk op het door art. 10 Gw beschermde privacyrecht.

Persoonsgericht verstoren betreft ook feitelijk handelen. Kan dit nu ook op art. 2 Polw. worden geënt? Verstoren vertoont sterke verwantschap met het naar aanleiding van de aanbevelingen van de Commissie Van Traa in 2000 in de artikelen 126g en 126o Wetboek van strafprocesrecht geregelde observeren:<sup>62</sup> het stelselmatig volgen van een persoon of stelselmatig de aanwezigheid of het gedrag van een persoon waarnemen. Het belangrijkste verschil is dat de politie bij verstoren aan de persoon laat weten hem of haar in de gaten te houden, terwijl het observeren stiekem gebeurt. Vanuit het perspectief van de verstoorde persoon en de eventuele gezinsleden is verstoren overigens veel ingrijpender dan observeren. De wetenschap dat de politie voortdurend in de nabijheid verkeert, moet tamelijk beklemmend zijn.

Voorwaarde voor observatie is dat iemand verdacht wordt van een misdrijf (een redelijk vermoeden van schuld aan een strafbaar feit) of – en dat is een minder strenge eis – indien uit feiten of omstandigheden een redelijk vermoeden voortvloeit dat in georganiseerd verband een misdrijf wordt beraamd of gepleegd waarop voorlopige hechtenis is toegelaten en dat gezien zijn aard of de samenhang met andere door de verdachte begane misdrijven een ernstige inbreuk op de rechtsorde oplevert.

Aan de voorwaarden om te mogen observeren wordt in het geval van de verstoorde persoon niet voldaan.<sup>63</sup> De politie weet niet of hij

---

<sup>62</sup> Maarten van Traa was de voorzitter van de Parlementaire Enquêtecommissie opsporingsmethoden 1994.

<sup>63</sup> Rb. Amsterdam 9 maart 2006, LJN: AV4173.

of zij een misdrijf beraamt, laat staan welk misdrijf. Als de wet geen ruimte biedt voor stelselmatige observatie dan is die er vanwege de verwantschap tussen beide activiteiten ook niet voor stelselmatige persoonsgerichte verstoring.

Kan art. 2 Polw. wel de wettelijke grondslag zijn voor niet-stelselmatig verstoren? Geringe inbreuken op een grondrecht kunnen op de taakomschrijving in art. 2 Polw. worden gebaseerd.<sup>64</sup> Niet-stelselmatig observeren kan op basis van deze bepaling,<sup>65</sup> dus ook niet-stelselmatig persoonsgericht verstoren. Een belangrijke vraag is dan natuurlijk: wanneer is sprake van stelselmatige verstoring en wanneer niet?

Naar analogie van niet-stelselmatige observatie moeten we letten op vier criteria: (a) duur, (b) mate van intensiteit, (c) plaats en (d) doel.<sup>66</sup> De duur van de verstoring kan maanden, misschien wel jaren bedragen. De intensiteit kan verschillen. We kennen nu een geval waarin er dagelijks drie tot vijf keer een politieauto opvallend voor de woning werd geposteerd, waarin de politie regelmatig aanbelde bij de woning, waarin de persoon werd gevolgd, waarin het bezoek werd gecontroleerd en waarin de persoon keer op keer werd gebeld op de vaste en bij afwezigheid op de mobiele telefoon.<sup>67</sup> Wat betreft de plaats weten we dat persoonsgericht verstoren zowel in de openbare ruimte – de politie volgt de verstoorde soms – als in de privé-woning plaatsvindt.

Het doel van verstoren is anders dan bij observeren niet de strafrechtelijke handhaving van de rechtsorde, maar de handhaving van de openbare orde in de zin van de nationale veiligheid. Het is niet gericht op het voorkomen van strafbare feiten, maar op het voorko-

---

<sup>64</sup> Y. Buruma, Stelselmatig- een sleutelbegrip in de wet bijzondere opsporingsbevoegdheden, *NJCM-Bulletin* nr. 2, april 2000 p. 649-658.

<sup>65</sup> Rozemond, K., Stelselmatige observatie zonder wettelijke grondslag, *NJB* nr. 15, 1999, p. 671-676.

<sup>66</sup> G.C. Haverkate, De valkuil der stelselmatigheid, *Trema* nr. 6, juni 2000, 227-232.

<sup>67</sup> Niet ondenkbaar is dat buurtbewoners waren geïnformeerd over het verstoren en dat aan hen was gevraagd verdachte ‘zaken’ rondom de woning van de verstoorde te melden.

men dat de openbare orde in gevaar wordt gebracht. Dwingt dit andere doel ertoe om bij persoonsgericht verstoren een andere afweging te maken dan bij observatie in het strafprocesrecht? De verstorende overheid – formeel de burgemeester – meent deze vraag kennelijk met ja te kunnen beantwoorden, want in de praktijk neemt het persoonsgerichte verstoren stelselmatige proporties aan. Zeker als we de graad van verdenking in ogenschouw nemen.<sup>68</sup> Het gaat immers niet – zoals bij observeren – om een verdachte van een al gepleegd strafbaar feit, maar om een mogelijke in de toekomst gelegen strafbare gedraging.

## **7. Verstoren ex art. 8 Polw.**

Kan art. 8 Polw. misschien de basis vormen voor het persoonsgericht verstoren? Dit artikel bepaalt onder welke voorwaarden de politie geweld mag gebruiken.<sup>69</sup> Geweld betreft net als persoonsgericht verstoren feitelijk handelen. Het gebruik van geweld is als feitelijke handeling het meest ingrijpend. Geweldgebruik is ultimum remedium, pas als geen andere mindere ingrijpende middelen kunnen worden aangewend, is proportioneel gebruik toegestaan.<sup>70</sup> Het doel ervan is een ander dwingen om iets te doen of na te laten. Het kan fysieke kracht zijn van een mens (al dan niet met behulp van wapenstok en waterkanon) of dier (hond, paard), maar het kan ook gaan om de inzet van pepperspray en sinds kort de *stun bag*. De politie kan bij de ordehandhaving zelfs gebruik maken van vuurwapens. Gezien de strikte eisen die aan het gebruik van geweld worden gesteld, moet vuurwapengeweld bij de handhaving van de openbare orde beperkt blijven tot zeer exceptionele gevallen.

---

<sup>68</sup> HR 12 februari 2002, JOL 2002, 106.

<sup>69</sup> Art. 8 lid 5 Polw. bepaalt dat de uitoefening van geweld in verhouding tot het beoogde doel redelijk en gematigd dient te zijn.

<sup>70</sup> Art. 8 lid 1 Polw. bepaalt dat geweldgebruik is toegelaten: 'Indien het daarmee beoogde doel dit, mede gelet op de aan het gebruik van geweld verbonden gevaren, rechtvaardigt en dat doel niet op andere wijze kan worden bereikt.'

De wetgever heeft vanzelfsprekend niet aangegeven welke vorm van geweld in welke situatie is toegestaan – dat zou ondoenlijk zijn -, maar slechts de uiterste grenzen van het gebruik aangegeven. Zou je niet kunnen betogen dat als de politie het meerdere mag, het mindere – verstoren – haar ook is toegestaan? Onder geweld wordt verstaan elke kracht van meer dan geringe betekenis uitgeoefend op personen of acties waarvan fysieke dwang uitgaat.<sup>71</sup>

Gezien de definitie moet de inzet van de Mosquito tegen hangjongeren in de Rotterdamse deelgemeente Charlois als de toepassing van geweld worden bestempeld. Het apparaatje verspreidt een hoogfrequente hinderlijke zoemtoon met een sterkte van 76 decibel bij vol vermogen op een afstand van drie meter. Het geluid wordt uitsluitend door jonge oren waargenomen. Men hoopt hiermee overlast gevende jongeren van bepaalde plaatsen te kunnen weren.

Persoonsgericht verstoren oefent zeker dwang op iemand uit, het gaat echter niet om fysieke dwang. Om die reden kan art. 8 Polw. niet de wettelijke grondslag vormen voor persoonsgericht verstoren.

## **8. Verstoren op niet-openbare plaatsen**

Persoonsgericht verstoren vindt onder andere plaats in de privé-woning. Kan de openbare orde worden gehandhaafd in woningen? Het klinkt misschien vreemd, maar de openbare orde kan ook worden gehandhaafd op andere dan openbare plaatsen. We kunnen – de

---

<sup>71</sup> Art. 1 lid 3 Ambtsinstructie voor de politie, de Koninklijke Marechaussee en de buitengewoon opsporingsambtenaar (geldend op: 24-03-2006).

wetgever wordt hierin gelukkig wat zorgvuldiger – <sup>72</sup> de volgende vier categorieën onderscheiden: openbare plaatsen, voor het publiek toegankelijke plaatsen, <sup>73</sup> niet voor het publiek toegankelijke plaatsen en woningen. Een openbare plaats is een plaats die voor iedereen openstaat. De toegang is er niet doelgebonden. <sup>74</sup>

De eigendom van zo'n plaats is in beginsel niet relevant voor het openbare karakter. De gemeenschappelijke ruimtes in bijvoorbeeld particuliere winkelcentra kunnen heel goed openbaar zijn. Dat kan zowel om feitelijke openbaarheid gaan als om formele openbaarheid. <sup>75</sup> Zo is de oost-westverbinding van het in particuliere handen zijnde winkelcentrum Hoog Catherijne in Utrecht formeel openbare grond krachtens een besluit hiertoe van de gemeenteraad. <sup>76</sup> Op openbare plaatsen kan een particulier, zelfs als hij eigenaar van de plaats is, geen beletselen in het leven roepen in de vorm van een meldingsplicht, voorafgaand verlof, of de heffing van een toegangsprijs. <sup>77</sup>

---

<sup>72</sup> Van zorgvuldigheid was geen sprake bij het opstellen van art. 151c Gedmw.: De raad kan bij verordening de burgemeester de bevoegdheid verlenen om, indien dat in het belang van de handhaving van de openbare orde noodzakelijk is, te besluiten tot plaatsing van vaste camera's voor een bepaalde duur ten behoeve van het toezicht op een openbare plaats als bedoeld in artikel 1 van de Wet openbare manifestaties en andere bij verordening aan te wijzen plaatsen die voor een ieder toegankelijk zijn. Het laatste zinsdeel ('en andere bij verordening ...') is bij amendement toegevoegd; wat de indiener hiermee bedoeld heeft, is, een raadsel. Op plaatsen die voor een ieder toegankelijk zijn, kan de burgemeester niet besluiten tot plaatsing van camera's en waar de gemeente dat wel kan in haar hoedanigheid van eigenaar, kan dat ook zonder deze bevoegdheid. Vgl. C.A.J.M Kortmann, Cameratoezicht in de Gemeentewet, *Gemeentestem* nr. 7242, p. 686.

<sup>73</sup> Die term raakt steeds meer in zwang; zie bv. art. 13b Opiumwet (sluitingsbevoegdheid), art. 151c Gemw. (cameratoezicht) en art. 441b (TK 2000-2001, 27732, nr. 3: uitbreiding strafbaarstelling heimelijk cameratoezicht).

<sup>74</sup> TK 1985/86, 19 427, nr. 3, p. 15.

<sup>75</sup> EHRM 6 mei 2003, AB 2004, 319, m.nt. J.G. Brouwer en A.E. Schilder.

<sup>76</sup> Het gaat om een besluit van de gemeenteraad ex art. 11 Wegenwet.

<sup>77</sup> Art. 5:22 BW bepaalt dat wanneer een erf niet is afgesloten door middel van een omheining of water, een ieder zich daar vrijelijk mag begeven, tenzij de eigenaar schade of hinder hiervan ondervindt.



De ondernemers van een particulier winkelcentrum in het Groningse Oude Pekela zijn een groep van ouderen die dagelijks in de gemeenschappelijke ruimte rondhangt meer dan zat. Zij kunnen echter aan deze hangouderen de toegang niet ontzeggen, de gemeenschappelijke ruimte is feitelijk openbaar. Om die reden stelt de gemeenteraad bij verordening een samenscholingsverbod in.

Postkantoren, warenhuizen, restaurants, musea, ziekenhuizen en kerken kunnen niet als openbare plaatsen worden aangemerkt. Het gaat weliswaar om plaatsen die voor een onbeperkt aantal personen toegankelijk zijn, maar het verblijf daar is doelgebonden.<sup>78</sup> Een openbare bibliotheek is dus in werkelijkheid geen openbare plaats, maar een – en dat is de tweede categorie – voor het publiek openstaande plaats. De toegang is er immers doelgebonden. Net zo goed als dat geldt voor café's, scholen, universiteiten en begraafplaatsen.

Een algemene en logische regel is dat de mogelijke bemoeienis van de burgemeester met de ordelijke gang van zaken in een gemeente afneemt naar mate de toegang tot en het verblijf op plaatsen minder vrij is. Op de voor het publiek openstaande plaatsen kan de burgemeester de openbare orde niet handhaven zoals hij dat op openbare plaatsen doet.<sup>79</sup> Ik zal dit toelichten aan de hand van een voorbeeld. Volgens art. 8 Wet op de openbare manifestaties (hierna: Wom) kan op voor het publiek openstaande plaatsen slechts worden ingegrepen, indien de bescherming van de gezondheid of de bestrijding of voorkoming van wanordelijkheden dit vordert. Preventief optreden op deze plaatsen is volgens deze wet al helemaal niet moge-

---

<sup>78</sup> Vgl. TK 2000-2001, 27732, nr. 3 (uitbreiding strafbaarstelling heimelijk camera-toezicht).

<sup>79</sup> Aanvankelijk stelde de regering zich op het standpunt dat het toezicht in lid 1 ruimer is dan wat moet worden verstaan onder handhaving van de openbare orde (TK 19 403, nr. 3, p. 148). Dat was echter in een fase dat het derde lid nog niet bij amendement aan art. 174 was toegevoegd.

lijk.<sup>80</sup> In noodsituaties kan dat anders liggen, maar dan gaat het ook om noodbevoegdheden, zoals vastgelegd in art. 175 en 176 Gemw.<sup>81</sup>

Een ander voorbeeld is art. 174 Gemw. Het bepaalt dat ingrijpen in de voor het publiek toegankelijke gebouwen alleen mogelijk is voorzover dat noodzakelijk is voor de bescherming van de veiligheid of de gezondheid in die gebouwen of op de bijbehorende erven. Verwarrend of – beter gezegd – verkeerd is dat art. 174 Gemw. ook spreekt van openbare samenkomsten en vermakelijkheden. Op openbare samenkomsten en vermakelijkheden is vanzelfsprekend niet het beperkte toezicht van toepassing. Bedoeld worden dan ook de voor publiek toegankelijke samenkomsten en vermakelijkheden.<sup>82</sup>

Er is de laatste jaren – zelfs in de Tweede Kamer – nog wel eens gepleit voor de sluiting van moskeeën. Imams die Allah's zegen vragen voor de mujahedeën in de hele wereld en bidden dat Hij afrekent met misdadigers als Bush en Blair, maken zich in beginsel schuldig aan opruiing zoals strafbaar gesteld in art. 130 Sr. Maar dit is geen reden voor sluiting van een moskee. Art. 174 Gemw. belast de burgemeester met het toezicht voor zover dat nodig is met het oog op de bescherming van veiligheid en gezondheid in die gebouwen. Het begaan van bovengenoemd strafbaar feit levert in beginsel geen 'concrete, zich direct aandienende, de veiligheid of gezondheid bedreigende situatie' in de moskee op.<sup>83</sup>

De geringere mogelijkheden tot handhaving van de openbare orde op voor het publiek toegankelijke plaatsen laten onverlet de eigen bevoegdheid van de rechthebbenden om zelf ontoelaatbare activiteiten te doen beëindigen, desnoods door het inroepen van politiehulp.<sup>84</sup>

---

<sup>80</sup> Zie hierover A.E. Schilder, *Het recht tot vergadering en betoging, Een vergelijkende studie naar het Nederlandse en Westduitse recht*, Arnhem, 1989, p. 101 e.v.

<sup>81</sup> Zie bijvoorbeeld ARRS 30 december 1993, AB 1994, 242.

<sup>82</sup> Vgl. De Jong, 2000, p. 32.

<sup>83</sup> Vgl. Pres. Rb Utrecht, 2 augustus 1995, 95/2491 zoals aangehaald bij Breunese e.a., 1996, p. 83).

<sup>84</sup> TK 1985/86, 19 427, nr. 3, MvT, p. 22. Zo maakte de politie van Amsterdam op verzoek van de voorzitter van het College van bestuur op 1 maart 2005 een einde aan de bezetting van het Maagdenhuis.

In 2005 laten 12 Groningse studenten zich semi-naakt fotograferen voor een kalender. De opbrengst ervan is bestemd voor het Saidia Scholarship, dat getalenteerde studenten uit ontwikkelingslanden naar Groningen haalt. De foto's zijn onder andere genomen op het bordes dat toegang verleent tot het Academiegebouw van de Rijksuniversiteit Groningen. Door de Universiteitskrant geïnterviewde bestuurders tonen zich ontstemd. De studenten denken hier evenwel heel anders over en zo stellen zij: bestuurders kunnen een dergelijke actie toch niet verhinderen, want de buitentrappen behoren tot de openbare ruimte. Dat standpunt is onjuist, de trappen zijn net als de gemeenschappelijke ruimten in de universiteit voor publiek toegankelijke plaatsen.<sup>85</sup> De rechthebbende kan andere dan de doelgebonden activiteiten verbieden.

De derde categorie wordt gevormd door de niet voor het publiek toegankelijke plaatsen. Zij omvat alle ruimten waarin de aldaar gebezigde activiteiten zich in beslotenheid voltrekken en geen sprake is van een woning. Hierbij moet men denken aan bedrijfsruimtes, kantoren en werkkamers als ook aan een sociëteits- of verenigingsgebouw voor zover de activiteiten hierin uitsluitend gericht zijn op een besloten groep van personen. Hier valt voor de burgemeester weinig openbare orde te handhaven. Dat geldt vanzelfsprekend ook voor de vierde categorie die wordt gevormd door woningen. Onder een woning wordt verstaan een ruimte die feitelijk in gebruik is als woning. Lokaliteiten die doorgaans niet te boek staan als woning, zoals een schuur, garage, berging, keet of schip moeten soms toch als woning worden aangemerkt. Dat is het geval als zij feitelijk door de gebruikers als woning in gebruik zijn.<sup>86</sup> Het feitelijke gebruik kan blijken uit bijvoorbeeld de aanwezigheid van een bed en sanitaire voorzieningen. Andersom kan het ook voorkomen dat een pand te boek staat als woning, maar uitsluitend voor andere doeleinden in gebruik is.

---

<sup>85</sup> Een bij een woning of een voor publiek toegankelijk gebouw behorend erf neemt in beginsel de kleur aan van die woning of dat gebouw.

<sup>86</sup> Zie bv. HR 19 juni 2001, *NJ* 2001, 574; HR 17 mei 1974, *NJ* 1975, 238 en HR 3 oktober 1995, *NJ* 1996, 219.

Een dergelijk pand moet ook aangemerkt worden als een niet voor publiek toegankelijke plaats, in dit geval een niet voor publiek toegankelijke lokaal.

Op één uitzondering na kan de openbare orde niet in woningen worden gehandhaafd. Sinds 1998 beschikt de burgemeester over een bevoegdheid die betrekking heeft op het gedrag van burgers in woningen voorzover dat gedrag van directe invloed is op de openbare ruimte. Logischerwijs stelt deze bepaling – art. 174a Gemw. – voor het in stelling brengen van deze sluitingsbevoegdheid voor woningen zware eisen. Het gaat per slot van rekening om een inbreuk op het art. 10 Gw en art. 8 EVRM gewaarborgde huisrecht. Er moet sprake zijn van een zodanige overlast rondom de woning dat er gevaar dreigt voor zowel de veiligheid als de gezondheid (cumulatief) buiten die woning.<sup>87</sup>

De openbare orde kan niet worden gehandhaafd in woningen, althans niet indien hiervoor geen expliciete wettelijke basis staat. Voorzover persoonsgericht verstoren in een privé-woning plaatsvindt is dat derhalve onrechtmatig, of het moet gaan om een zo geringe inbreuk op het huisrecht dat dit op art. 2 Polw. kan worden gebaseerd.<sup>88</sup>

## **9. Verstoren en de plaatselijke orde**

Verstoren dat in geringe mate inbreuk maakt op art. 10 Gw kan gefundeerd worden art. 2 Polw. Is het echter de burgemeester die de politie hiertoe opdracht dient te geven? De burgemeester is verantwoordelijk voor de openbare orde. Kort gezegd wordt onder orde in dit verband begrepen een zodanig situatie van rust en regelmaat dat het maatschappelijke leven zijn normale gang kan gaan. De mate van

---

<sup>87</sup> Er gaan op dit moment stemmen op om deze zware eis te laten vallen en sluiting van een woning mogelijk te maken simpelweg bij overtreding van art. 2 of 3 van de Opiumwet.

<sup>88</sup> Of persoonsgericht verstoren de toets van ‘noodzakelijk in een democratische rechtsorde’ in de zin van art. 6 EVRM kan doorstaan, betwijfel ik.

orde en rust wordt bepaald door plaatselijk geldende regels.<sup>89</sup> Wat normaal is, kan van gemeente tot gemeente verschillen, en zelfs van wijk tot wijk binnen een gemeente. Een gemeenteraad kan binnen zekere grenzen zelf het gewenste niveau van orde en rust bepalen door middel van eigen normstelling.<sup>90</sup>

De APV van een kleine plattelandsgemeente bevat meestal minder bepalingen dan die van een grote stad. In een gebied dat in het bestemmingsplan wordt aangeduid met horeca wordt orde anders ingevuld dan in een rustige buitenwijk van een stad. Ook in tijd kan de orde verschillen. Tijdens een massale demonstratie worden er andere eisen aan de orde in een stad gesteld dan op een moment dat er weinig publiek op de been is.<sup>91</sup> Blowen in het openbaar is lange tijd niet als een probleem ervaren, tegenwoordig ligt dat in veel steden anders.<sup>92</sup>

De openbare orde kan in bijzondere omstandigheden nader bepaald worden door besluiten van de burgemeester. Dat kan gaan om een algemeen verbindend voorschrift in de zin van een noodverorde-

---

<sup>89</sup> Al in 1922 bepaalde de Hoge Raad (13 februari 1922, *NJ* 1922, p. 473; Wilnis Visser) dat de autonome regelgevende bevoegdheid van de gemeenteraad zich niet alleen uitstrekt tot het straffrechtelijk regelen van activiteiten die op openbare plaatsen plaatsvinden, maar ook die ‘bemerikbaar zijn vanaf enige openbare plaats’. In dit arrest ging het overigens niet om de uitleg van het begrip openbare orde, maar om de term huishouding in art. 168 *Gemw.* (oud); zie ook HR 8 april 1980, *AA* 81, 29 m.nt. van E.P. von Brucken Fock en ARRS 14 juni 1979, *AB* 1980, 158 m.n.t. P. Nicolai (antikraakbepaling woning).

<sup>90</sup> TK 1988-1989, 19 403, nr. 10, p. 88-89.

<sup>91</sup> In EK 1999-2000, 26 735, nr. 200a, p. 10, wordt het volgende gezegd: ‘Het begrip “openbare orde” – en met name de vraag wanneer sprake is van een verstoring daarvan – vormt een weerspiegeling van de maatschappelijke, culturele, sociale opvattingen, normen en waarden die op enig moment in de samenleving de heersende zijn. Tussen de verschillende wetten waarin sprake is van de “openbare orde” bestaan verschillen met betrekking tot de reikwijdte en de invulling van het begrip. Het is aan bestuursorganen en rechters overgelaten in een bepaalde context vast te stellen wat onder openbare orde moet of kan worden begrepen en wat niet.’

<sup>92</sup> Zie hierover V.H. Glerum, Blowen is (al) strafbaar op grond van de Opiumwet, *NJB*, 2006, p. 896.

ning ex art. 176 Gemw. Het kan echter ook gaan om bevelen van de burgemeester. Die bevelen zijn geen algemeen verbindende voorschriften, maar zij worden – mits rechtsgeldig genomen – wel beschouwd als wettelijk voorschriften in de zin van art. 184 Sr.<sup>93</sup> Met de bevelen krachtens art. 172, art. 173, art. 174, art. 175 en 176a Gemw. kan de burgemeester tijdelijk invulling geven aan wat orde is.

We moeten dus vaststellen dat de openbare orde in de Gemeentewet een zuiver lokale aangelegenheid is. Voor handhaving van die regels door de burgemeester geldt dat evenzeer.<sup>94</sup> De bevoegdheden met betrekking tot handhaving kunnen uitsluitend worden ingezet ten behoeve van de lokale openbare orde binnen de grenzen van zijn eigen gemeente. Brengt nu een verstoorde persoon inderdaad de fysieke veiligheid van andere personen binnen een bepaalde gemeente in gevaar? Weet de burgemeester van de persoon die hij laat verstoren dat die de openbare orde in zijn stad in gevaar brengt? Dat is gezien de stand van zaken ondenkbaar.

Bij de beslissing om te verstoren wordt de lokale openbare orde vereenzelvigd met de nationale veiligheid. De burgemeester past zijn bijzondere ordebevoegdheden toe ter bescherming van de nationale veiligheid. Het specialiteitsbeginsel, dat inhoudt dat bevoegdheden slechts mogen worden aangewend voor het doel waarvoor ze gegeven zijn, verbiedt dat.

## 10. Conclusie

Persoonsgericht verstoren door de burgemeester wegens een gevaar voor openbare orde ontbeert een wettelijke basis. Dat is de stelling die ik in de inleiding poneerde. Om die te onderbouwen is het noodzakelijk enig systeem te ontwaren in de taken en bevoegdheden van de burgemeester op het gebied van de handhaving van de openbare orde. Het samenstel van bepalingen dat gezamenlijk het openbare-

---

<sup>93</sup> Zie bv. Rb Rotterdam, 23 februari 2005, *NJ* 2005, 209.

<sup>94</sup> TK 2005-2006 30566 (Wet bestuurlijke maatregelen nationale veiligheid), nr. 3, p. 5: 'De bevoegdheid van de burgemeester strekt zich uiteraard niet verder uit dan de eigen gemeente ...'

orderecht vormt, dwingt tot het indelen van die taken en bevoegdheden in twee elementen: de bijzondere bestuurlijke handhaving van de openbare orde waarop art. 172 Gemw. het oog heeft en de algemene bestuurlijke handhaving van de openbare orde zoals geregeld in tal van afzonderlijke wetten en verordeningen, waaronder de Politiewet.

Persoonsgericht verstoren past niet in de bijzondere handhaving. Dit is de component die art. 5:23 Awb aanduidt als de onmiddellijke handhaving van de openbare orde. Van een situatie die een concreet en actueel (dreigend) gevaar voor de openbare orde oplevert, is hier geen sprake. En zelfs als dat wel zo zou zijn, dan nog geldt dat persoonsgericht verstoren niet voldoet aan de voorwaarden die aan maatregelen krachtens art. 172 Gemw. moeten worden gesteld: eisen van onmiddellijkheid, niet meer dan geringe inbreuk op grondrechten en gericht tot de burger.

Ook in de andere component, de algemene bestuurlijke handhaving van de openbare orde past persoonsgericht verstoren door de burgemeester niet. Art. 12 Polw. kent de burgemeester de bevoegdheid toe om de betrokken ambtenaren van politie de nodige aanwijzingen te geven. Dit mogen uitsluitend opdrachten zijn die de politie kan uitvoeren met de haar ten dienste staande bevoegdheden. Art. 12 Polw. verruimt die niet. Persoonsgericht verstoren maakt inbreuk op het recht op bescherming van de persoonlijke levenssfeer. Zo lang het om lichte inbreuken op het recht op privacy gaat, kan art. 2 Polw. als grondslag dienen.

Als grens tussen lichte en zware inbreuken op de privacy kan niet dezelfde demarcatielijn worden aangehouden als bij observeren in het straf- en strafprocesrecht. Verstoren maakt uit de aard van het handelen ingrijpender inbreuk op de privacy dan observeren: de politie slaat de persoon niet alleen gade, maar maakt hem hiervan ook bewust. Een niet minder zwaarwegend argument is dat de mate van verdenking bij de verstoorde persoon aanzienlijk geringer is dan bij de geobserveerde persoon: de laatste verdenkt men van het al begaan hebben van een misdrijf, de eerste van mogelijke betrokkenheid bij een ernstig strafbaar feit in de toekomst. Die laatste omstandigheid staat er waarschijnlijk ook aan in de weg dat verstoren een wettelijke

grondslag kan krijgen, althans de ‘noodzakelijk in een democratische rechtsordetoets’ van art. 8 EVRM zal een moeilijk te nemen hinderenis zijn.

Er zijn meer problemen. Persoonsgericht verstoren vindt plaats in opdracht van de burgemeester, want hij is degene die de verantwoordelijkheid draagt voor de fysieke veiligheid van mensen in het publieke domein, zo redeneert men. Die gedachte is dat juist, maar de mogelijke bemoeienis van de burgemeester met de ordelijke gang van zaken neemt af naar mate de toegang tot en het verblijf op plaatsen minder vrij is. Verstoren vindt onder meer plaats in privé-woningen. Op die plaatsen kan de burgemeester de openbare orde niet handhaven, tenzij de wet hem hiertoe uitdrukkelijk toestemming verleent, zoals bij drugswoningen.

Een laatste moeilijkheid tenslotte is dat de burgemeester er geen weet van kan hebben waar de te verstoren persoon eventueel in de toekomst strafbare feiten zal gaan plegen. Zijn verantwoordelijkheid voor de openbare orde houdt echter op daar waar de gemeentegrenzen eindigen. Het gaat om lokale bevoegdheden die hij slechts kan inzetten als de openbare orde in zijn eigen gemeente verstoord dreigt te worden.

Op grond hiervan moeten we aannemen dat een burgemeester die opdracht geeft tot verstoringactiviteiten van een meer dan geringe intensiteit zich bezondigt aan het wederrechtelijk, stelselmatig en opzettelijk inbreuk maken op eens anders persoonlijke levenssfeer met het oogmerk die vrees aan te jagen. Dat is een delict dat onder de term belaging in art. 285b Sr strafbaar wordt gesteld.<sup>95</sup>

---

<sup>95</sup> Ik bedank Jon Schilder, Kai Lindenberg en Frank Vermeer voor het kritisch meedenken over de verstoringproblematiek; Gerben Pol, Hati Ruigrok, Jan Jacobs en Marjan Siekmans-Koopmann ben ik erkentelijk voor hun hand- en spandiensten.